# POR BERNARDO GARCIA DE BAENO, VEZINO DE SANLVCAR LA MAYOR, Y PRIORA, Y MONJAS DE el Conuento de Madre de Dios desta ciudad Seuilla, que salio coadjubando.

## *EN EL PLEITO*

Con el Licenciado Christoual de Aguero, Secretario del Santo Oficio desta Ciudad.

PRIMERO se supone, qne el año passado de seiscientos y treynta y nueue Ioan Rodriguez del Campo, Mayordomo del dicho Conuento, dio en arrendamiento el cortijo que llaman de la Valança, que està en termino de la dicha ciudad de Sanlucar, y es del dicho Conuento, al Licenciado Christoual de Aguero, por tiempo de seis años, y ha de començar el primero por Enero de seiscientos y quarẽta y vno, en precio de mil reales cada vn año.

Lo segundo, que este año de seiscientos y quarenta por el mes de Iunio la dicha Priora, y monjas de dicho conuento de Madre de Dios arrendaron el dicho cortijo al dicho Bernardo Garcia de Baeno, que es la persona q̃ actualmente lo tiene y ha tenido los años antecedentes, por nueue años: y en precio de cien ducados en cada vn año.

Lo tercero, que el dicho Bernardo Garcia de Baeno en virtud de su arrendamiento vltimo tomô possesion judicialmente del dicho cortijo: y passados algunos dias, tomô asi mismo possesion de dicho cortijo el dicho Licenciado Christoual de Aguero en virtud del suyo. La

A qual

qual salio contradiziendo el dicho Bernardo Garcia de Baeno, y el dicho Conuento coadjubando la contradicion.

Segun lo qual parece, que dicho Licenciado Christoual de Aguero ha de ser amparado en su arrendamiento, y possession, por auerlo hecho el dicho Iuan Rodriguez del Campo con poder del dicho cōuento, y auer sido primero en tiempo, ex l. in operis, ff locati.

Lo segundo en q̃ se funda el dicho Licenciado Christoual de Aguero, es dezir, supieron la dicha Priora, y monjas. y el dicho Bernardo Garcia de Baeno quando hizieron el segundo arrendamiēto, que Iuan Rodriguez del Campo auia otorgado el primero en su fauor, cō que fue malicioso, y no deue sutenerse, per tradita à I. Iasone in l. quotius, 7. limit. C. de rei vind. & in §. in fraudem, instit. de actionibus.

Lo tercero dize el dicho Christoual de Aguero, que su arrendamiento es legitimo, aunque el dicho cortijo no se sacò a remate publico, porque otros cortijos arrendô del mesmo modo sin sacarlos al pregon el dicho Iuan Rodriguez, y se han tolerado por el dicho conuento: y ansi se ha de tolerar el suyo, ex communiter accidentibus argumento, l. quod si nolit 31. §. quia assidua, ff. de ædilitio edicto cum similibus.

Lo quaro, que no es de consideracion en este articulo possessorio la restitucion pedida por el dicho conuento, respeto de requerirse para su justificacion mucho tiēpo, ex traditis per Menoch. de adipiscenda rem 4 num. 906. & sequentibus.

Cæterum, prædictis non obstantibus, deue ser manutenido el dicho Bernardo Garcia de Baeno en su segundo arrendamiento y possession primera, ex infra referēdis.

Lo primero, porque el arrendamiento, de que se vale el dicho Christoual de Aguero, es onomatico, y no dogmatico, suena vano, faltale la fortuna substancial, quæ dat esse, siue essentiam cuicumque rei, l. Iulianus, §. si quis, ff. ad exhibendum, Alciet, lib. 5. Paradox. cap. 16. num. 1. post Bald. in cap. 1. de noua forma fidelit. deuiò

dicho

dicho Iuan Rodriguez rematar el dicho cortijo en publico pregon, argumento l.5.in prin.l.46.inmedio, ibi: *Igitur commodissima illa forma in mandatis seruanda est: vt quotius certum mandatum sit; recedi á forma non debeat*, ff. mandati, cap. cum olim de off. delegat. Bart.in l.ambitiosa, col.4. ff de decret. ab ordine fac. Felin. in cap. cum dilecta de rescript. Ias.in l. si procurator, C. de procur. Alex. consf. 6 num. 3.lib.4. Tiraquel. in l.si vnquam, verbo libertis, num.59.C.de reuoc. donat. Azeued. in l.1. tit.6.lib. 3.n. 7.& l.5 num.1 tit 4. lib.5. Recopilat. Cardin. Tuscus, pract. tom.5 lit.M. conclus.39. per totam.

Respeto de que cõ esta calidad de remetarlo en el mayor ponedor, le dio poder el dicho Conuento al dicho Iuan Rodriguez, como consta de la escritura presentada en el pleyto, fol.4.in fin. ibi: *Para que pueda sacar a remate qualesquiera casas, cortijos, tierras, y otros bienes, raizes, y rematarlos por tiempo, o de por vidas, en las personas que mas por ellas dieren: con que los arrendamientos de por vidas, y aprobaciones de los dichos remates, las ayamos de hazer nos las diehas Priora, y mõjas, &c.* de cuya contestura es claro se le dio poder al dicho Mayordomo para sacar los cortijos al remate, y que tenia obligaciõ de guardar esta calidad, que no obseruò, se haze mas patente, ex eo quod procurator tenetur non solum seruare fines mandati, sed etiam omnes eius qualitates, cap. cum venissent vbi Bald. de eo qui mittit in possess. cap. Pissanis. de restit spoliat, & vtrobique refert, & sequitur plures DD. Auugúst. Barbos. in collect.

Y auiendo omitido esta forma de sacar el dicho cortijo al remate, y darlo al mayor ponedor, muy necessaria en arrendamientos, y comprar, segun Cicer. in oratione Quintiana, l.4. C. de distrac. pignor. vbi late cujat Caual can. de tutore, & curatore, n.117. Ioann. Gutier. de tutelis, & cur.2.p. cap.1.num. 64. ibi: *In loco fori, & ad vtilitatem minoris, & non ad beneplacitum, & secundum suum caput*, es cierto quedò viciado, y nulo el llamado arrendamiento, ita Tiraquel. de retract. tit.2. §.4 glos.6. nu.31. Azeued. in l 18.tit.21.lib.4. num.4.in nou. recop. Gutier. pract. liq.3. quæs.15. num.5. cum seqq. Redin. in promptuar.

recept.

recept.ſententia, tom.1.tit.100.num.5.& 6. Gonzal.ad reg.8. Cancel.gloſ.4.num.137. Cardin.Tuſcus, tom.3. lit. F.concluſ.415. Rota apud Farin. deciſ.671.num.2.to. 2. p. 1. recent. Tiraquel. in d.l.ſi vnquam, dict.num.59. inmed. vbi ait, *quod non ſolum corruunt geſta ex defectu formæ mandati, quando expreſſè ſit contra ipſam formam mandati, ſed etiam quando ſit citra, aut præter formam.*

Y anſi con eſte arrendamiento, hecho en fauor del dicho Licenciado Chriſtoual de Aguero, no pudo obligar el dicho Iuan Rodriguez del Campo a que lo obſeruaſſe dicho Conuento, ni que le cauſaſſe algun perjuyzio, l. 3. ff. mandati, Angelus conſ. 388. incipit, conſtat, Cardin. Tuſcus, lit. M.concluſ.39. num.55. quia paria ſunt, non habere mandatum, vel non ſeruare formam mandati, Bald.conſ.402.incipit.Colligamus, num.3. verſ. & conſiderandum, lib.1.ita Tuſcus dict.concluſ.39.num.24. & ex defectu formæ, quicumque actus, & per conſequens, dicho arrendamiento, nullo modo valet, ex textu in l.1. §.ſi quis ita, ff.de verbor.oblig. quem ita intelligit, Bart. ibi. & in l.ſi quis pro eo in 3 membro, ff.de fideiuſ. quem plures DD.ſequuntur, & Bernard.Diaz, reg.298.

Y de las dichas palabras conſta ſer preciſſa la aprouacion del dicho conuento en los arrendamientos de por tiempo: y en el que dicho Iuan Rodriguez del Campo hizo al dicho Licenciado Chriſtoual de Aguero, con que auiendo faltado eſta calidad, es de poco momento, y no pudo quedar perfeto ſin dicha aprobacion, de la manera que no ſe perficiona vn trato que pende de ſolo el conſentimiento, quando los contrayentes lo remitieron a eſcritura, que haſta otorgada eſta, no tiene ſubſiſtencia dicho trato, ex l.contractus, C.de fide.iſtrum. Ant.Gom. var.tom.2.cap.de empt.& vendit.num.17. Perez in l.3. tit.8.lib.3.ordi.

Y no ſe puede dudar que la aprouacion ſe refiera a los arrendamientos de por tiempo, pues no era neceſſaria en los de por vida, reſpeto de reſeruarlos en ſi el dicho conuento, y querer dichas Priora, y monjas hazer los arrendamientos de por vida, y no que dicho Mayordomo los

hizieſſe

hizieſſe en ſu nombre, anſi ſuenan, y ſe deuen entender dichas palabras, ibi: *Con que los arrendamientos de por vidas, y aprouaciones de los dichos remates, las ayamos de hazer nos las dichas Priora, y monjas,* l. 3. §. hæc verba, el 2. ff. de negot. geſtis per tradita á Bart. in l. conſtitutione, ff. ad Municipal, o al menos dichas aprouaciones han de preceder en todos los remates, anſi de por tiempo, como de por vida, adaptando las dichas palabras de dicho poder al mas fuerte, y comprehenſiuo ſignificado, argum. l. 1. §. qui in perpetuum, ff. ſi ager vectig. vel emph. pet.

Lo ſegundo ſacado de lo inmediato, procede en fauor del dicho Bernardo Garcia de Baeno, y de dicho conuẽto ſiendo nulo, como lo es el dicho primero arrendamiẽto, que pudo muy bien ſin fraude hazer el dicho conuento ſegundo arrendamiento al dicho Bernardo Garcia de Baeno, argumentando del contrato de cõpra a el de locaſion, que ſe ſigue, ſegun Molina de iuſt. & iure, diſput. 487. per totam, de la manera que ſaliendo la primera cõpra nula, tendrà efeto la ſegunda, y no comete fraude el dueño, per tradita ab Alex. conſ. 61. col. 5. lib. 3. Ploto in l. ſi quando, num. 177. in fin. C. vnde vi, Fabiano à Monte, tract. de empt. & vendit, quæſ. 3. princip. n. 5. cum ſeqq. Bald. conſ. 15 incipit ad euidentiam, lib. 1. & in conſ. antecedenti, idem ſenſit.

Del miſmo modo en nueſtro caſo tiene efeto el ſegundo arrendamiento, refutado el primero fecho en el dicho Licenciado Chriſtoual de Aguero por el dicho Iuan Rodriguez del Campo por defeto de poder, y ſiguiẽdo otro ſimil en eſtos dos contratos de compra, y locaſion, que ſe deue obſeruar, ex identitate rationis ex l. illud, ff. ad leg. Aquil. ajuſtamos eſte hecho a la deciſion del texto, in l. ſi ea res 31. §. vlt. ff. de actio. empt. ibi: *Vterque noſtrum eandẽ rem emit á non domino, cum emptio venditioque ſine dolo malo fieret, traditaque eſt, ſiue ab eodem eminus, ſiue ab alio atque alio, is ex nobis tuendus eſt, qui prior ius eius apprehendit, hoc eſt cui primum tradita eſt, ſi alter ex nobis à domino emiſsit is omnimodo tuẽdus eſt,* de cuya vltima razon ſe colige, que ſi vno comprò del que no era ſeñor, y otro del que lo era vna miſma coſa,

ſa, valdrá eſta, y no aquella compra luego auiendo arrendado el dicho Mayordomo ſin poder, que es lo miſmo q̃ no auer guardado ſu forma, es viſto no tener efeto eſte arrendamiento, y ſer hecho por perſona que no era ſeñor, y tenerlo el ſegundo arrendamiento otorgado por el dicho conuento verdadero ſeñor de dicho cortijo, conduce a eſte intento el texto in l. 9. §. 4. ff. de public. in rem act. & ibi communiter DD.

Lo tercero citra veri præiudicium, y quando fuera de algun momento el arrendamiento del dicho Licenciado Chriſtoual de Aguero, ſe deue preferir el de dicho Bernardo Garcia de Baeno, ex iure protomiſeos, ſiue congrui, o por el tanto, ſegun nueſtro idioma: ,y eſto procede: Lo vno por ſer vezino de Sãlucar la Mayor, dõde eſtà dicho cortijo, y ſe prefierẽ los vezinos a los forenſes, ex l. vnic. C. nõ licere habit, lib. 10. per trad. à Paul. Caſtrenſ. conſ. 384. lib. 2. & conſ. 430. eodem, lib. 2. Alex. conſ. 197. Tiraquel. de vtroq; retract. in proæmio, in princip. Afflict. deciſ 338 incipit nobilis Petrus. y eſtos DD. hablan en ſemejantes eſtatutos, circa venditionet, & locationes.

Lo otro, por auer tenido el dicho Bernardo Garcia de Baeno el dicho cortijo en arrendamiento, y eſtarlo beneficiando actualmente como conductor mas antiguo que el dicho Licenciado Chriſtoual de Aguero, ita d. Alex. conſ. 80. incipit viſo, & opportune, num. 20. verſ. 4 lib 1. y aunque habla in conductore rerum fiſcalium antiquo, rigore iuris, ex æquitate tamen, ſe eſtiende a qualquier conductor, y que ſe prefiera al nueuo, ita Roman. conſ. 22. incipit propoſitæ, num. 5. verſ. quoad vltimum, Caſtrenſ. conſ 31. lib, 1 Lucas de Penn. in l. congruit, C. de locat. prædior. ciuili, lib. 11. Ioann. de Imol. conſ. 38. incipit. in caſu præmiſſis, n. 2. in fine cum ſeqq. & ęquitas rigori eſt præferenda, Diaz, reg. 245.

A eſto vltimo coadyuua, aun en caſo que dicho conuento no quiſiera, el auer el dicho Bernardo Garcia defendido a ſus expenſas el dicho cortijo, y ſus derechos, y ſeruipumbre (como conſta del teſtimonio preſentado en eſte pleyto, fol. 33.) para valerſe deſte derecho de protomiſeos,

miseos, per tradita à Bart. in l. quicumq; C. de omn. agro de ser. lib. 10. Mordern. Paris. in l. 2. vers. nec cogitur, ff. solut. matrim. Y de auer amparado judicialmente el dicho cortijo en la vereda, qne tiene a la dehesa de la dicha ciudad de Sanlucar, a instancia del dicho Bernardo Garcia de Baeno contra Diego del Villar y Daça, Presbitero, sobrino, e intimo amigo del dicho Licẽciado Christoual de Aguero, como consta de los autos a fol. 75. que lo prohibia, y està prohibiendo, se ha seguido grande vtilidad, y aumento en el valor al dicho cortijo.

Lo qnarto, caso muy negado que subsistiera dicho arrendamiento, se auia de anteponer el segundo, por auer en virtud deste tomado possession el dicho Bernardo Garcia de Baeno judicialmente, y assistirle la decision del texto, in l. quoties, C. de res vinditat. Y en terminos terminantes de nuestro thema, tenet Anton. Gom. de empt. & vendit. tom. 2. num. 20. Domini de Rota inditionalibus suis, decis. 879. in antiquis. Alex. Imolens, cons. 112. vol. 5. plures refert, sequitur Pater Molin. de iust. & iure, to. 2. disput. 369. num. 1. Catell. Cotta in memorab. verbo. locatio, vbi sequitur Alex. Socin. & alios, y la possession que tomò el dicho Licenciado Christoual de Aguero en dicho cortijo no tiene firmeza, respeto de ser primero en tiempo el dicho Bernardo Garcia; y mejor en derecho, d. l. quoties, C. de rei vendic. & ex traditis à Ioann. Gutierrez de iuram. confirmat. 2. p. cap. 30. per totum, l. qui prior. ff. de reg. iur. & ibi scribẽtes, Tuscus lit. L. conclus. 429. num. 1. & 2.

A este fundamento cunduce lo que Inan Baptista Villalobos dize, in tract. comm. opinion. lit. P. num. 120. es a saber, que ocupada la possession, ex voluntate dominî possidentis, se transfiere en el que le aprehendiô, ita Ant. Gom. in l. 45. Tauri num. 43. dicit communem opinionẽ ex glos. in l. & habet, §. fin. vers. & placet. ff. de precario. Y ansi esta possession q̃ consiguiò primero el dicho Bernardo Garcia de Baeno es mas firme que la del Licenciado Christoual de Aguero, lo vno por ser aquella dada en virtud de contrato celebrado por el mismo conuento, y

faltar

faltar este requisito en la segunda possession, ad tradita á Caualcano de tutore, & curat. num. 257. donde tratando de la possession, que el tutor dà, in re pupilli vendita: y la que despues dio el mismo pupilo en la misma cosa q̃ vendio a otra persona, dize, que se ha de pteferir esta, por ser hecha por el mismo señor: ibi: *Adeo quod si ipsi minores venderunt postea dicta bona alteri, cum constituto, seu reali traditione, iste vltimus emptor præferretur, & habebit potiora iura; per l. quoties, C. de rei vendic. Bald, in rubr. de contrah. empt. in. 16. q. Alexand. consi. 14. circa primum, in fine, vol. 1. Dec. & Cagn. in l. contractus, num. 14. de reg. iuris.* Y valiendo el argumento de venditione ad locationem, per l. vlti. in fin. C. de cõ trahen. empt. & plures à Barbosa, loco 120. nu. 1. tract. varij. es clara la ilacion, de que sea preferido el arrendamiento, y possession de dicho Bernardo Garcia de Baeno.

Lo otro, respeto de que ocupada ya esta possession, y aprehendida por el dicho Bernarnardo Garcia de Baeno, a consentimiento y voluntad del dicho conuento, no puede el dicho licenciado Christoual de Aguero en virtud de su arrendamiedto posseer el dicho cortijo, ex ratione textus in l. vt certo, §. si duobus vehiculum, ff. commodati, quia possessio vacua occupari potest, non autem ab altero occupata. Ita latissimè Ant. Gom. in dict. l. 45. Tauri, num. 43.

Quinto, & vltimo, en fauor de dicho conuento, y dicho Bernardo Garcia de Baeno se pondera la restitucion pedida contra el dicho licenciado Christoual de Aguero, y el arrendamiento que el dicho Iuan Rodriguez del Campo le hizo, para cuya justificacion se assegura, que huuo manifiesta lesion.

Lo primero, el precio del arrendamiento del dicho licenciado Christoual de Aguero, es mil reales en cada vn año: y el dicho Bernardo Garcia de Baeno es cien ducados, que en seis años son seiscientos reales de mas: con q̃ venimos a terminos de reputar esta cantidad por suficiẽ te, para que el dicho conuento pueda dezir, que deue ser restituido, por estar leso.

Que

Que esta lesion sea bastante para restitucion, aunque ay varias opiniones que largamente refiere el Cardenal Tusco, pract. conclus. lit. R. conclus. 286. num. 22. es mui cierto conforme a la mas comun, fundada en la gloss. del texto, in l. 2. C. si aduersus vendit. Ita Tiraq. in l. si vnquã verbo, omnia, num. 15. Pinel. in l. 2. C. de rescind. vendit. p. 1. cap. 1. num. 26. Mascard. de probat. conclus. 1058 n. 5. Cald. Pereir. in l. si curatorem, verbo, vel aduersarij dolo, num. 6. C. de in integrum. restit. Valasc. consult. 112. n. 2. & de partit. cap. 39. num. 38. Aug. Barbosa in collect. ad cap. 1. num. 14 de in integrum restit. ibi: *Receptior tamen tenet sententia modicam sufficere læsionem, per gloss. in l. 2. C. si aduersus vendit.* Menoch. cons. 36. num. 44. ibi: *Et quod læsio minima sit in consideratione, scribunt egregê Gomezius in §. pœnales, nu. 4. inst. de act. & Didac. lib. 1. variar. resol. cap. 3. num. 11. & 12.* Esto es en la Iglesia, quando trata de ser restituida, Menoch omnino videndus in casu 75.

*Y si despues de rematada al pregon publico en mayor ponedor qualquier heredad, de menor, o de Iglesia, sobreuiniendo otro que augmente el precio, ay restitucion, y se rescinde la primera compra, y remate.* Ad tradita per Auclesium, ad c. Præt. c. 32. n. 11. cum seq in glos. verbo. de pujar. Y comunmente todos los DD. practicos, con mayor razon en nuestro caso ha de ser restituido el dicho conuento, por no auer salido al pregon dicho cortijo, ni auer assistido al dicho arrendamiento los requisitos necessarios de remate en mayor ponedor, y aprobacion de dicho conuento.

Lo segundo, es grauoso al dicho conuento el cobrar del dicho Licenciado Christoual de Aguero, y no recibe duda, que por esto solo se le deuia conceder la restituciõ intentada, ad tradita per Pet. de Anchar. cons. 166. quia locatio facta fuit in potentiorem, quæ potentia nascitur ex difficiliori modo conueniendi, y en el dicho Licenciado Christoual de Aguero, nadie lo ignora, ratione officij, ita Calderin. cons. 280. Crauet. cons. 205 in fin. vers. dubitarem Din. cons. 54. in prin. & in num. 3. y no se releua este inconueniente con fiador lego que tiene dado, porq̃ al dicho conuento le es de mejor condicion tener dos

 igual-

igualmente obligados, como en el arrendamiẽto de Ber nardo Garcia de Baeno, y legos, que vno lego, y eſſe eſcri uano de Seuilla, y ſu plaça, como es Iuan de Carmona, y otro Secretario de la Inquiſicion, l. vlt. ff. de duobus reis, Gutier. alleg. 2. num. 14. & 15.

Lo tercero, por el daño muy conſiderable que al dicho conuento ſe le crece, de que dicho Chriſtoual de Aguero, vezino de la villa de Gueuar, y que no tiene vezindad en la dicha ciudad de Sanlucar, cultiue, dicho cortijo, con que ſe perderà vna ſeruidumbre, y vereda a la deheſa de dicha Sanlucar del dicho cortijo, que le ha dado, y va dando cada dia mucho valor, como parece por los arrendamientos preſentados en eſtos autos: y es claro que ſi el arrẽdatario no es vezino de Saulucar, no puede vſar de la dicha vereda, y ſe perderá, per non vſum argumento, §. finitur inſt. de vſufruct. cap. ſi de terra de priuil. ad tradita per Molin. de primog. lib. 2. cap. 7. num. 71.

Y que eſte recelo ſea cauſa para pedir reſtitucion de dicho arrendamiento, fecho en el dicho Licenciado Chriſtoual de Aguero, es conſtante determinacion del texto, in l. minor. 25. annis filius fam. ff. de minoribus, Crauet. conſ. 192. incipit caſus ita ſe habet, num. 4. & in locatione rerum ſiue bonorum Eccleſiæ, tenet Decian. conſ. 14. nu. 16 lib 2. Cardin. Tuſcus pract. concluſ. lit. R. concluſ. 284. num. 57. ibi: *Quia minor ſemper reſtituitur in integrum in omni actu, in quo læditur, vel poteſt lædi, niſi contrarium in iure ſit expreſſum, dec. conſ. 556. viſo conſilio, num. 8. Abb. conſ. 31. lib. 2. in prin.* & læſio in bonis Eccleſiaſticis non ſolum ex ſtatu præſenti locationis, ſed ex futuro debet conſiderari, d. l. minor, §. minores, ff. de minorib.

Nace pues de legitima conjectura eſte miedo, auiẽdo dicho Iuan Rodriguez del Campo anticipado dicho arrendamiento, que ſe auia de hazer eſte preſente año de quarenta, tiempo congruente para tratar de rematar en mayor ponedor el dicho cortijo, haziendole gracia al dicho Licenciado Chriſtoual de Aguero por el año paſſado de 39. en el mes de Abril, como conſta de la eſcritura preſentada en el pleyto a fol. 10. en daño de dicho con-

uento,

uento, a que no se deue dar lugar conforme a la decision textual, in l. Præses 12. C. de transactionibus, donde dizē los Em pp. que el Administrador que hizo gracia en la transacciō, en perjuizio de la republica, no le permita le sea doñosa, ibi: *Posteriori vero casu nocere ciuitati gratiam non finet.* Y deuiò el dicho Mayordomo esperar hasta este presente año, & in loco publico ad vtilitatem dict. monasterij, & non ad suum beneplacitum locare prædictum fundum, ita ex Bart. Afflict. dec. & Paris. tenet Caualcan. de tut. & curat. num. 117.

Y se presume dolo en el dicho Licenciado Christoual de Aguero, pues no vio el poder que dicho Iuan Rodriguez tenia para arrendar dicho cortijo, ex l. quoad si minor, §. restitutio, & ibi glos. ff. de minorib. dec. cons. 255. num. 3. Afflict. decis. 87. num. 5. Roland. à Vall. quæs. 18. nu. 86. vol. 2. Bart. in l. patri, §. si pecuniam, ff. de minor. plures per Iacob. Menoch. de recuper. possess. rem 15. q. 40. num. 580. & seq. quia emptor, vel conductor tenentur se informare, prius de potestate venditoris, vel locatoris, ad notata per Lanfranc. capit. quoniam contra de probat. tit. de expensis, num. 4 vers. notare singulariter. Y si supo lo que contenia dicho poder, arguye mas fraude, a que no se ha de abrir la puerta, ex l. infundo, ff. de rei vindi. quia sponte deliquit, vt inferius dicetur.

Y quando cada causa de las referidas no causauan lession a dicho conuento, al menos todas juntas es notorio el daño que le originan por el dicho arrendamiento, iuxta regulam, quæ habet, quod quæ non prosunt singula, iuncta iuuant, glos. in l. 2. verbo legitimis de excus. tutor. Bart. cons. 68. Bolognin. Afflict. & dec. quos refert, & sequitur Vincent. Honded. cons. 46. num. 26. vol.

Con lo dicho en razon de la dicha lesion, no es dudable, que en este presente litigio intente dicho conuento restitucion de dicho arrendamiento, fecho por el dicho Iuan Rodriguez del Campo, pues aun quando el mismo conuēto le huuiera hecho, deuia aduersus factum suum implorare restitutionem, siue principaliter per uiam actionis, siue incidenter per uiam exceptionis, vel replicationis

ad

ad notata per Alex. con ſ. 17. incipit viſo inſtrumento in fin. num. 16. & ſeq. verſ. vel ſaltem ad tollendum. lib. 4. quem refert, & ſequitur Tuſcus pract. concluſ. lit. R. d. concluſ. 284. num. 71. y hablan en Monaſterio, o Igleſia.

Y no obſtan los fundamentos de contrario, non primum, quia d. l. in operis, ff. locati, ſe entiende en caſo, que ni el primero, ni ſegundo conductor auian tomado poſſeſion, & tunc prima locatio præfertur, alliud eſt dicendum, quando el ſegundo aprehendiò primero la coſa dada en arrendamiento y entonces militarà la regla del texto, in d. l. quoties, C. de rei vind. que ſe ajuſta a nueſtro hecho, ita intellexit, d. l. in operis, Ant. Gom. tom. 2. d. cap. 2. num. 20. verſ. nec obſtat. gloſ. ordin. Bartol. Alberic. & cõmuniter DD. ibi, plures DD. per Catell. Cott. in memorab. iuris, lit. L. verbo locatio, Gethif. in l. 9. lit. D. in fine, C. de locato, &c.

Non ſecundum, porque demas de no probar la ciencia que pretende, tuuo dicho Bernardo Garcia de Baeno del primero arrendamiento, que no ſe preſume, ſino ſe prueua por lo que parece, arguye Malicia, iuxta l. merito ff pro ſocio, per trad. à Menoch. de præſ. lib. 5. præſ. 3. per totam, ſe elide eſte fundamento, reſpeto de ſer neceſſario para q̃ tenga lugar la limitacion de la dicha l. quoties, C. de rei vindicat. que ambas partes, aſsi el conuento, como el dicho Bernardo Garcia de Baeno ſupieran del primero arrendamiento, ita Ant. Gom. d. tom. 2. cap. 2. num. 20. y por lo dicho ſup. en el primero fundamento, por eſta parte donde latamente ſe probô, no tuuo poder el dicho Iuan Rodriguez para hazer dicho arrendamiento, y anſi non entis nullę ſunt, qualitates ex l. eius qui in prouintia, ff. de reb. credit. eu cum ſimilibus.

Y aunque deſpues de hecho dicho arrendamiento al dicho Chriſtoual de Aguero, tuuo noticia la Priora de dicho conuento, pudo juſtificadamente hazer ſegundo (de la manera que la Igleſia, o perſona Ecleſiaſtica, en virtud de patronato nombrò a vno, y ſiendo cierto, no podia variar, ex textu in cap. quod autem, cap. Paſtoralis, cap. cũ autem de iure patronat. Ioann. Gutier. de iuram. confir-

mat. 3. p. cap. 13. plures per Aug. Barbos. de offi. & potestate Episcop. 3. p. alleg. 22. num. 151. viendo que no era prefecto, porque faltauan algunas calidades, al primero muy necessarias, o por serle dañoso, o por ser nulo, podrà nombrar a otro; y valdrá este segundo nombramiento, ad tradita à Lambertino de iur. patron. att. 2. 7. quæst. 2. p. 2. lib. Roch. de Curte, eodem tract. verbo. honorificũ, num. 33.

Y caso negado, que dicho Bernardo Garcia de Baeno supiesse dicho arrendamiento, pudo muy bien sin fraude procurar, y hazer segundo en su fauor, ad repellendam iniuriam, & fraudem commissam per dict. Licenciado de Aguero, nam qui vtitur solertia ad propulsandam vexationem, non est in dolo, ita probatur ex textu in l. cum pater, §. Titio in fine, ff. delegat. 2. ibi: *Nec videtur dolo fecisse, cum fraudem excluserit*; vbi glos ponit plura similia.

Conocida es la fraude de parte del dicho Licenciado Aguero, pues estando el dicho Bernardo de Baeno en su antiguo arrendamiento, en que està actualmẽte, sin vsar de la vrbanidad, que en semejantes casos se acostumbra tener, puso medios ilicitos, para quitarle dicho cortijo, haziendo dicho su arrendamiento con omission de las solemnidades necessarias que auian de preceder, conforme al poder que dicho Iuan Rodriguez tenia de dicho conuento, & tunc dolus præsumitur in eo qui contra iura mercatur, cap. qui contra, & ibi plene Aug. Barbos. de reg. iur. in 6 Alciat. tract. de præs. reg. 3. præs. 30. Crauet. cons. 142. num. 12. & cons. 871. num. 21.

Presumese ansi mismo dolo de parte del dicho Licenciado Aguero, por auer hecho dicho su arrendamiento, clam. & ante tempus solitum, ex l. vlt. ff. de ritu. nupt. l. 1. C. de interd. matrim. Mascard. conclus. 53. nu. 43. Menoch lib. 6. præs. 78. coniect. 3.

Y a esto se llega el auer hecho dicho arrendamiento cinco dias despues que el dicho Diego Daça, sobrino del dicho Licenciado Aguero, fue vencido en la Audiencia Real desta ciudad, como cõsta del dicho testimonio presentado en este pleyto, en el fin de el, y para socorrerlo,

vſó deſta cautela, cum nimia dilligentia, a fin de quitar di cho cortijo a dicho Bernardo Baeno, y obſcurecer el de recho de la vereda, ſobre que ſe litigaua, y litiga, & ſic fecit, quod in ſe eſt fraudulentum, ex l. ſi quis ſub conditione, ff. de condit. inſt. vbi late, Bal. idem in l. rogaſti, §. ſi tibi, col. 2. ff. ſi certum, pet. Iaſ. in l. teſtamentum, num. 4. C. de teſtament.

Y de parte del dicho Mayordomo huuo dolo, quia locauit prædictum fundum contra formam mandati, & nõ obſeruatis iuris ſolemnitatibus, ita Craueta, d. conſ. 871. num. 21. & conſ. 889. num. 5. Cæphal conſ. 51. num. 6.

Conforme a lo qual, no cometiò fraude dicho Bernardo de Baeno, ni dicho conuento, aun en caſo que tuuieſſen noticia del arrendamiẽto del dicho Licenciado Aguero en hazer el ſegundo, y quãdo vſaran de ella, no por eſto ha de dexar de valer el arrendamiento de dicho Bernardo Baeno, y ſu primera poſſeſsion, quia *frangenti fidem, fides frangatur eiſdem*, ad tradita per Corneu. conſ. 52. num. 20. lib. 2. ex l. eum qui, §. 1. ff. de inoffi. teſtam. l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati, l. qui fidem, ff. de tranſact. D. Chriſtou de Pax. ad ll. ſtyli, l. 41. num. 26. plures per Barboſ. in cap. 75. de reg. iur. num. 6.

Teniendo pues razon, y juſta cauſa dicho Bernardo Garcia de Baeno y dicha Priora, y monjas, pudieron, imo deuieron, para repeler el intento de dicho Licenciado Aguero, no ajuſtado, ni conforme a juſticia vſar de modos, para que no ſurtieſſe efeto dicho arrendamiento, y en orden a ello, hazer el ſegundo en fauor de dicho Bernardo Baeno, ſin que parezca cometer fraude, por ſer cõtra fraude, y engaño manifieſto, ex ſententia gloſ. in cap. dominus 23. quæſ. 2. c. cupientes de elect. in 6. Corneu. conſ. 6. num. 9. lib. 3. Deciu. in l. ea eſt natura, num. 3. ff. de reg. iur.

No obſta el 3. porque el querer dicho conuento aprobar lo hecho, y otorgado a ſu fauor, por qualquiera perſona ſin ſu poder le es licito, ad tradita per Bellemer. deciſ. 28. Theſau. Pedem. deciſ. 7. n. 1. Gaualcan. deciſ. 23. n. 13. verſ. & etiã poſt ſententiam, Suar. in theſau. recep. ſent.

lit.

lit.P.n.320. Menoch.cõſ.100.n.38. Azeu. l.vlt. n.7.tit. 21.lib.4.nou. Recop. Gutier. conſ.9. num.4. cum ſeqq. Rota apud Farin. deciſ.1.num.1.in nouiſ. Surd.de alim. tit.8. priuileg. 56.num.82.& deciſ. 108.num.21.quos refert,& ſequitur Aug.Barboſ. in coll.ad cap.in noſtra, n. 7.de procurat.quia geſta per falſum, vel reuocatum procuratorem poſſunt per dominum rata haberi, y en eſta parte pudo aprobar los arrendamientos preſentados, aunque en el pleyto no conſta aprobaciones de dicho cõuento en los tales arrendamientos,demasque pueden ſer continuados en las miſmas perſonas que en virtud de otros tenian los miſmos cortijos.

De qualquiera manera que ſe conſidere eſte querer, o no querer,aprobar, o no probar lo hecho, per non procuratorẽ, es vn derecho facultatiuo, que no ſe preſcribe, ni ſe induce por tales actos coſtumbre, ad tradita per Aug.Barboſ.de off & poteſt. Epiſ.3.p. alleg.73. nu.2.in medio vbi refert, & ſequitur, Surd. conſ. 127. num. 81. Gratian.diſcept.forenſ.cap.298. num. 10.& cap.399.n. 33. Rot.deciſ.778.n.5.p.1.diuerſ.Domin. Coccin.deciſ. 402.num.10.quia eſt actus mere facultatiuus.

No es nueuo en derecho, que los tratos vtiles a la Igleſia,o Monaſterio, etiam ſi fiant ſine ſolemnitate, ſon firmes de parte del que contratò con la Igleſia,o menor, ex princip.inſtit.de auth. tutor. ad trad.per Ant. Gabri. commu.tom.3.tit.de rebus Eccleſ.alien.n:17. Redoan: eodem tract:quæſ,20; & quæſ.51,§:7; Rebuff,Maſcar: & Quarãta,quos refert,& ſequitur, Aug.Barboſ.in collect. ad cap.vt ſuper,nu.7.de rebus Eccleſ.alien.vel non, ibi: *Talis contractus erit nullus, vel validus, ſi Eccleſia in cuius fauorem ſolemnitates ſunt introductæ, hoc volet eique placebit, adeo quod hæc nullitas non poſsit ab alio allegari,quam ab ipſa Eccleſia, ita quod ipſa volente ſtare contractui, non poteſt eius aduerſarius dicere contractum nullum,dummodo Eccleſia poſt initum contractũ illi ſtare volens parata, & ſolicita ſit adhiberi facere legitimas ſolemnitates, vereque ac cum effectu eas adhiberi faciat, ſeu Papæ aſſenſum ſuper contractus validetate obtineat,ne conductor ſeu cõceſsionarius perpetuo ſtet in ſuſpenſo, & Eccleſia ſemper in tuto.*

Con

Con que no tiene justificacion este fundamẽto del dicho Licenciado Christoual de Aguero en pretẽder apremiar al conuento, passe, y apruebe su dicho arrendamiento, fecho por el dicho Iuan Rodriguez del Campo, sin los requisitos necessarios, y en graue perjuyzio del conuento.

Ne ex sua malitia commodum reportet, l. itaque fullõ ff. de furtis, cap. cognoscentes de constitutionibus, cap. sedes, cap. plerumq; de rescriptis, cap. intellieximus de iuditijs, no es dificultoso de presumir huuo de parte del dicho Licenciado Malicia, pues teniendo ligio sobre vna vereda que tiene dicho cortijo, Diego del Villar Daca, su sobrino con el dicho Bernardo Garcia, y viendo lo vencido por auto de la Audiencia Real, en que declarò hazia fuerça el Eclesiastico, como consta del testimonio presentado en estos autos arrendò, por no buen modo el dicho cortijo, a que no se deue dar lugar, ex cap. 2. de dolo, & contumac. vbi late; Aug. Barbos. num. 5. ad tradita per sccb. de ratiocinijs, cap. 15. num. 3.

No obsta el vltimo, porque como està dicho en fauor destas partes, en el 5. fundamento puede muy bien el dicho conuento intentar este articulo de restitucion, segũ las razones alli referidas, y nũca se excluye este remedio, aun en caso que se deniegue apelacion, en qualquier juizio por summarissimo que sea, ita Rota in Bonon. Censuſ. 11. Dezemb. ann. 1602. coram Iusto impressa per Marches. de commis. p. 1. pag. 309. num. 3. in vlt. impres. & apud Cened. post tract. de censibus, decis. 109. num 5. Aug. Barbos. de claus. vsufr. claus. 9. num. 29. y Menochio in d. rem 4. d. num 906. se entiende quando en la restitucion, requiritur probatio ordinaria, que no es necessaria en nuestro caso, respeto de ser clara la lesion, y daño que dicho arrendamiento causa, y puede causar a dicho conuento, ita idem Menoch. d. rem, num. 912. ibi: *Cum restitutio in integrum, per modum exceptionis proponitur, & non requirit altiorem indaginẽ, & cognitionem, vt quia offeruntur probationes in continenti, & promptu, hoc in casu executio huius missionis retardatur*. Donde cita a Bart. in l. 4. §. condemnatum, ff. de re iud. & ibi Alex. Ias. & Rip. vt videre est apud Nicol.

col. de Milis in suo repert. in verbo. executio. el. 2. infinitos refert, & sequitur Menoch. de possess. retin. remed. 3. quæst. 107. num. 851. vbi citat Azonem, Did. Couar. & Capell. Tolos. tenentes in illo interdicto vti possidetis, que es lo mismo que tenemos entre manos, se deue admitir la restitucion in integrum, y aun en caso que la sentencia estuuiera promulgada, argum. l. fin. C. si aduers. rem iudic. ergo á fortiori en el presente melius est ante, quam post vulnus illatum remedium quærere argum. l. vlt. C. in quibus caus. restit. in integ. non est necess. l. 1. C. quando liceat vnicuique, sine iud. seuend. plures ad Barbos. tract. var. axiom. 146.

Y aunque diga el dicho Licenciado Christoual de Aguero, que la restitucion ha de seruir solo a que supla el precio, y de lo mismo que dicho Bernardo Garcia por su arrendamiento no ha de ser oydo; ansi porque la lesion pende de otras causas, a saber del pleyto de la vereda, de ser persona poderosa, de no ser vezino dela dicha ciudad de Sanlucar, &c. y si consistiera solo en el precio, pudiera obseruarse lo que in simili determinat insignis, Roder. Suar. allegat. 21 num. 5. ibi: *Hanc conclusionem firmat Abb. in Ecclesia, in cap. constitus in fin. colum. de in integrum rest scilicet quod in casu, quo Ecclesia solum est læsa in pretio, in quo decepta fuit; sed non in uenditione, quia bene expediebat sibi vendere, non competit restitutio contra contractum, nec contractus debet, vel potest rescindi vigore talis restitutionis, sed solum datur restitutio, ad deceptionem, & læsionem, quæ fuit in prætio.*

Pero quando la restitucion es intentada contra el arrendamiento, quia non expedit ipsi monasterio locare prædictum surdum, a dicho Licenciado Christoual de Aguero, y ha de ser restituido, aduersus locationem, el dicho conuento, per titulum, C. si aduersus venditio. vt ipsumhabeat fundum tanquam si locatio non esset facta, ita Bart. in l. siquidem, C. de præd. minor. Còrneu. cons. 72. col. pen. lib. 3. Socin. cons. 57. lib. 4.

Esta distincion en materia de restitucion, procede quâdo el contrato celebrado con el menor, y la Iglesia tuuo todas las solemnidades en derecho necessarias, no quâdo

faltaron, y huuo manifieſto dolo, anſi de parte del Mayordomo, como del dicho Licenciado Chriſtoual de Aguero, que ſolo a fin de de interrumpir el derecho que dicho cortijo, y conuento tienen a dicha vereda, hizieron dicho arrendamiento, que de las circunſtancias que le aſsiſtieron, es claro huuo fraude, ad tradita per Alciat, reg. 1. præſ 42. por lo qual concuerdan todos los DD. que la reſtitucion ha de ſer, ad reſcindendum totum contractum locationis, ita Domin. Præſes Couar. var. reſol. lib. 1. cap. 3. num. 11. verſ. 3. hinc deducitur, quia hoc eſt remedium extraordinarium, ſecus in ordinario, l. 2. C. de reſcin. vendit, Vincent. Paleot. ibi, extent. 12. col. 17. Arius Pinel. 3. p. cap. 1. num. 20. Menoch. de recup. poſſ. rem 15. quæſ. 15. num. 138. & ſeq. Grauet. conſ. 6. num. 12. verſ. & ſi de caſ. vol. 1. Con que quando huuiera en eſte punto alguna duda, que no la ay, para que dexe de ſer reſtituido dicho conuento: y dicho Bernardo Garcia amparado en la poſſeſsion de dicho cortijo, baſta qualquiera de los fundamentos por eſtas partes alegados, y firmes en derecho, y lo que comũmente ſe dize, nam vt faueatur Eccleſiæ, nõ attendũtur apices iuris, ſed veritas, ad dicta per Abbat. in cap. veritatis, col. 5. de dolo, & contum, Tiraquel. in tract. priuil. piæ cauſ. priuil. 164. in fin. Y concurriendo lo vno, y otro en eſte hecho, eſperamos ſentencia a fauor de dicho Bernardo Garcia, y dicho Conuento. Saluo in omnibus D. V. C.

*Lic. Chriſtoual de Morales y Luna.*